



## Tilburg University

### **Codificatie en dynamiek in het strafrecht. Begeleiding van de hantering van de wet op het terrein van het straf(proces)recht**

Groenhuijsen, M.S.

*Published in:*

Codificatie en dynamiek. Instrumenten ter begeleiding van de omgang met codificaties.

*Publication date:*

2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Groenhuijsen, M. S. (2004). Codificatie en dynamiek in het strafrecht. Begeleiding van de hantering van de wet op het terrein van het straf(proces)recht. In J. M. B. Vranken, & I. Giesen (Eds.), *Codificatie en dynamiek. Instrumenten ter begeleiding van de omgang met codificaties*. (pp. 167-193). Boom Juridische Uitgevers.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Begeleiding van de hantering van de wet op het terrein van het strafrecht

### 1. Inleiding

Een van de meest geciteerde uitspraken uit de Europese rechtsliteratuur heeft betrekking op de verhouding tussen de wetgevende en de rechtsprekende macht. In een wereldberoemde beeldspraak wijst Montesquieu de rechter zijn bescheiden plaats: “... les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” En opdat niemand de strekking van dit oordeel zal ontgaan, wordt daaraan toegevoegd: “des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque facon nulle.”<sup>1</sup> Deze vindplaatsen lijken - op zichzelf beschouwd - de rechter voor te stellen als een soort subsumptie-automaat. Rechtsvinding wordt hierin gepresenteerd als een kwestie van logica. Een feitelijke situatie (de minor) wordt getoetst aan een rechtsregel (de major), waaruit eenduidig zal blijken welk rechtsgevolg intreedt (de conclusie). De eigen inbreng van de persoon van de rechter is nihil; de legitimiteit van het oordeel is te herleiden op het gezag van de regelgever.<sup>2</sup>

Nu weet iedere jurist tegenwoordig dat dit type mechanische wetstoepassing niet bestaat. Rechtsoordelen berusten altijd mede op interpretatie van de woorden van de wet. Dit kan - in relatie tot de geciteerde passages van Montesquieu - tweeërlei betekenen. Ten eerste is het mogelijk dat de rechtswetenschap sedert het midden van de 18<sup>e</sup> eeuw op dit punt vooruitgang heeft geboekt, waardoor de triasleer is achterhaald. Of, dus ten tweede, de oorspronkelijke versie van de *bouche de la loi/êtres inanimés* is ten onrechte opgevat als een metafoor van het logisch-deductieve karakter van het rechtsvindingsproces.

De vraag naar de juiste betekenis van de fameuze uitlatingen van Montesquieu staat centraal in de fraaie dissertatie van K.M. Schönfeld.<sup>3</sup> Op grond van een tekstkritische beschouwing omtrent de samenhang tussen de verschillende onderdelen van het boek, komt Schönfeld uiteindelijk tot de zogenaamde *roi-juge-hypothese*.<sup>4</sup> De wet heeft drie ‘organen’: de ogen, de oren en de mond. In oudere tijden zou de jury vooral de wet moeten lezen (de ogen) en de getuigen moeten verhoren (de oren). De rechter is in deze beeldspraak dan de mond van de wet.<sup>5</sup> Vervolgens kan in de geschiedenis van Engeland een strijd tussen de rechter en de vorst worden aangewezen omtrent de competentie van wetsuitlegging: *judex est lex loquens* of *rex est lex loquens*. Uit deze competentiestrijd is de sleutelpassage in XI, 6 te verklaren. Het

---

<sup>1</sup>Montesquieu, *De l’esprit des lois*, 1748, Livre XI, Chapitre 6.

<sup>2</sup>Zie hieromtrent mijn bijdrage ‘Enkele centrale denkbeelden van Montesquieu en van Beccaria in relatie tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken’, in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van ‘t Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht* (liber amicorum A.C. ‘t Hart), Deventer 2002, p. 21-47, ook voor het direct navolgende.

<sup>3</sup>K.M. Schönfeld, *Montesquieu en ‘la bouche de la loi’*, diss. Leiden, Leiden: New Rhine Publishers 1979.

<sup>4</sup>K.M. Schönfeld, *a.w.* p. 34 e.v., 41; de vergeleken tekstgedeelten zijn vooral XI, 6 met VI, 3 en 5.

<sup>5</sup>K.M. Schönfeld, *a.w.* p. 37.

fragment kan namelijk worden herleid tot een vroeg-zeventiende eeuwse tekst van Sir Edward Coke die positie koos in deze controverse.<sup>6</sup> De rechter als *bouche de la loi* is klaarblijkelijk een antwoord op een absolutistische aanspraak van de koning. Teneinde nu anderzijds almacht van de rechter te vermijden, achtte men hem in Frankrijk ondergeschikt aan de wet en noemde hem daarom een ‘onbezield wezen’.<sup>7</sup>

Het is niet zinvol om de bevindingen van Schönfeld hier in extenso te recapituleren. Op deze plaats is vooral van belang dat hij tot de algemene conclusie komt dat de *juge-automate* een mythe is, die niet in *De l'esprit des lois* mag worden gelezen.

Interessant is evenwel, dat deze conclusie niet in gelijke mate van toepassing wordt geacht op de verschillende deelgebieden van het recht. Waar de beschouwing in de gehele dissertatie betrekking lijkt te hebben op de omgang met rechtsregels in het algemeen, blijkt op de laatste pagina van het proefschrift van Schönfeld dat zijn slotsom eigenlijk alleen betrekking heeft op het *civiele recht*. In de laatste alinea's van het boek wordt Portalis - als verdediger van de Franse Code Civil in 1801 - namelijk met instemming als volgt geciteerd: “daar waar Montesquieu de republikeinse rechter voorschrijft de letter van de wet te volgen doelt hij slechts op het strafrecht (...)”.<sup>8</sup>

Zijn we op grond van deze slotsom weer terug bij af? Ik zou zeggen: ja en nee. Ja, want op grond van de zojuist gememoreerde uiteenzetting lijkt het er op dat Montesquieu voor het domein van het strafrecht wel degelijk een soort syllogistische rechtstoepassing heeft bepleit, terwijl we nu juist als uitgangspunt voorop hadden gesteld dat zoiets onmogelijk is.

Maar ook nee, want het verslag van bevindingen van Schönfeld heeft ons in twee opzichten verder geholpen. Ten eerste omdat duidelijk is geworden dat de plaatsbepaling van de rechter in de visie van Montesquieu moet worden gezien als een onderdeel van de ruimere vraag naar de middelen die nodig zijn om absolute machtsaanspraken in de staat te pareren. Witteveen spreekt in dit verband terecht van aan de triasleer ontleende argumenten die dwingend pleiten voor een *evenwicht* van in een staatsinrichting werkzame machten.<sup>9</sup> Als onderdeel van dat evenwicht geldt onder andere de eis dat de rechter niet zijn eigen ambtelijke of hoogstpersoonlijke inzichten mag laten prevaleren boven die van de wetgever. Volgens Melai is precies daarin de programmatische betekenis van het besproken onderdeel van de triasleer gelegen:

“Dit inzicht is van betekenis, omdat met het oog daarop de aanwijzing van de rechter als ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’ in het juiste licht komt te staan. Het is de korzelige plaatsaanwijzing van de rechter, die heeft te beseffen dat het recht is gegeven *buiten* hetgeen deze zelf voor goed zou houden. Hier is geen sprake van een naïef

---

<sup>6</sup>K.M. Schönfeld, *a.w.* p. 44 e.v.

<sup>7</sup>K.M. Schönfeld, *a.w.* p. 55.

<sup>8</sup>K.M. Schönfeld, *a.w.* p. 74. Ik vind steun voor mijn interpretatie van het proefschrift van Schönfeld bij G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 2<sup>e</sup> gewijzigde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 11.

<sup>9</sup>W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, oratie Tilburg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, m.n. p. 35 e.v. en p. 69 e.v.

vertrouwen in een ‘mechanische’ wetstoepassing, maar van een (rechts)politiek postulaat, dat als zodanig tot op de dag van vandaag in het recht fungeert.”<sup>10</sup>

En in dezelfde zin:

“De leer van de ‘séparation des pouvoirs’ had daarentegen een programmatisch karakter, voor zover in de voorgeschreven gebondenheid van de rechter aan de wet uitsluitend lag opgesloten, dat voor de bepaling van rechtsoordelen alleen aan de wet ontleende maatstaven of opvattingen mochten worden gebezigd.”<sup>11</sup>

De tweede reden waarom we op basis van de analyse van Schönfeld toch al wat verder zijn gekomen, is gelegen in de aparte positie die hij in dit opzicht inruimt voor het strafrecht. Hoewel we hebben gezien dat zijn betoog niet mag worden opgevat als een pleidooi om tenminste op dit terrein van het recht wel te streven naar een ‘mechanische wetstoepassing’, moet niettemin worden vastgesteld dat er zowel historisch als actueel kennelijk aanleiding is om het strafrecht niet op voorhand in dezelfde sleutel te bezien als de overige rechtsgebieden. De achterliggende gronden voor dit verschil dienen uiteraard nader te worden opgehelderd, maar op dit moment volstaat de constatering dat aan de wet in justitieel-repressief verband een andere betekenis wordt toegekend dan bijvoorbeeld in privaatrechtelijke verhoudingen het geval is.

Tegen deze achtergrond zal in de navolgende onderdelen van deze bijdrage de blik worden gewend naar verschillende vormen van ‘begeleiding’ van wetstoepassing zoals die momenteel binnen het strafrecht worden gepraktiseerd. Vooral zal worden nagegaan in hoeverre er in deze sector gebruik wordt gemaakt van min of meer moderne instrumenten die (ook) in belendende rechtsgebieden gangbaar zijn, zoals de helpdesk<sup>12</sup>, uitvoeringsmaatregelen<sup>13</sup> of nadere invulling van regels door belangengroepen.<sup>14</sup>

Het strafrecht beslaat inmiddels een breed terrein. Dit noopt tot een nadere indeling van de stof. Het is alleen al uit praktische overwegingen niet mogelijk om in één opstel diepgaand aandacht te besteden aan alle deelgebieden van het (bijzonder) strafrecht. De aandacht zal worden geconcentreerd op de situatie in het economisch strafrecht, vooral vanwege de speciale relatie tussen dit deelgebied en de ontwikkeling van het commune strafrecht. En

---

<sup>10</sup>A.L. Melai, *Polariteit en tegenspraak. Een selectie uit het werk van A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 44.

<sup>11</sup>A.L. Melai, *Het strafrecht en de cirkel der abstractie*, oratie Leiden, Arnhem: Gouda Quint 1969, p. 12 (zie ook van dezelfde schrijver *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, diss. Leiden, Arnhem: S. Gouda Quint - D. Brouwer & zoon 1968, p. 11).

<sup>12</sup>Te weten: al die hulpmiddelen die er toe strekken om antwoorden op vragen omtrent regelgeving te verkrijgen en om informatie omtrent de toepassing van die regelgeving te verzamelen.

<sup>13</sup>Handleidingen, Leidraden, richtlijnen die dienen als uitleg van de wet of om snel te kunnen ingrijpen als verandering nodig wordt geoordeeld.

<sup>14</sup>In situaties waarin de wet ruimte daartoe laat, zoals bijvoorbeeld bij rolreglementen, normering van schadevergoeding, etc.

binnen het economische recht zullen veel voorbeelden worden ontleend aan de sector van het effectenrecht, waar opvallend instructieve vormen van ondersteuning van wettelijke instrumenten tot ontwikkeling zijn gekomen. De beschouwing wordt uiteraard afgesloten met een concluderende paragraaf, waarin wordt teruggekomen op de betekenis van het legaliteitsbeginsel in strafzaken.

## *2. Economisch strafrecht en de begeleiding van de hantering van de wet. Inleidende opmerkingen.*

Er zijn verschillende redenen om dit overzicht te concentreren op het economisch strafrecht. Dit rechtsgebied kent vanouds<sup>15</sup> een interessante eigen structuur van regelgeving met bijpassende strafvorderlijke voorzieningen.<sup>16</sup> De betekenis van dit deelgebied is groot, vooral ook omdat allerlei materieel- en formeelrechtelijke vernieuwingen die eerst op economisch terrein zijn beproefd, later zijn overgenomen in het commune strafrecht.<sup>17</sup> In dit verband wordt doorgaans gesproken over de ‘osmose’ tussen het economische en het commune strafrecht.<sup>18</sup>

Vanuit het oogpunt van legaliteit - daaronder begrepen de eis van kenbaarheid van het recht - biedt het economisch strafrecht een intrigerende proeftuin. In het commune recht is het al lange tijd een bekend probleem dat sommige in de wet gebezigde termen dermate vaag zijn dat het voor de justitiabelen moeilijk voorspelbaar is in welke situaties de overheid repressief zou kunnen gaan optreden.<sup>19</sup> In het economisch strafrecht doet hetzelfde probleem zich niet

---

<sup>15</sup>Dat wil zeggen: in ieder geval sedert de periode na de tweede wereldoorlog.

<sup>16</sup>Zie omtrent de vraag of dit een eigen karakter van het economisch strafrecht rechtvaardigt M. Wladimiroff, *Niets bijzonders. Een beschouwing over de dominantie van het bijzonder strafrecht bij de handhaving van sociaal-economische normen*, oratie Utrecht, Deventer: Kluwer 1989. De auteur is van oordeel dat het grootste deel van dit domein - meestentijds overtredingen en enkele ‘technische’ misdrijven - beter administratief afgedaan zou kunnen worden en het restant - een beperkte groep misdrijven - een plaats zou verdienen in het wetboek van strafrecht.

<sup>17</sup>Voor de niet-ingewijden wijs ik voorbeeldsgewijs op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en op de maatregel van ontneming van wederrechtelijk genoten voordeel.

<sup>18</sup>P.A.H. Bos, ‘Osmose tussen het economische en het commune strafrecht’, *SEW* 1976, p. 381-387. Zie ook D. Schaffmeister, *Entwicklung und Begriff des niederländischen Wirtschaftsstrafrechts*, Zwolle/Frankfurt a.M.: W.E.J. Tjeenk Willink & Alfred Metzner Verlag GmbH 1978, die spreekt over een ‘omgekeerde osmose’ en over de “Schrittmacherfunktion für das Kernstrafrecht”. In dezelfde zin A. Mulder & D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, (vijfde druk) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 19 omtrent de ‘wisselwerking’ tussen beide terreinen. D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten*, diss. Groningen, Deventer: Gouda Quint 1999, spreekt in dit verband over een ‘wetgevingsspiraal’.

<sup>19</sup>Een voorbeeld is de term ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’ uit de zedelijkheidswetgeving. In de jurisprudentie zal het verweer dat dergelijke woorden in strijd zijn met het *lex certa*-beginsel overigens niet snel worden gehonoreerd. Zie o.a. HR 5

zelden voor vanuit een precies tegenovergestelde invalshoek: daar kunnen de regels zo fijnmazig en vertakt zijn dat zelfs een bona fide deelnemer aan het economisch leven niet meer kan overzien welke plichten strafrechtelijk zijn gesanctioneerd. Dit is een gevolg van de techniek van getrapte normstelling. De strafbaarstelling en de toepasselijke sanctie worden bepaald door de WED; de gedragsnorm is neergelegd in de toepasselijke wetten in formele zin, die vervolgens - via een delegatiebepaling - verder zijn uitgewerkt en ingevuld in AMvB'en en nadere uitvoeringsvoorschriften.<sup>20</sup> Een treffend voorbeeld biedt de warenwetgeving. In de Warenwet zelf wordt duidelijk gemaakt dat er inhoudelijke eisen gelden ten aanzien van uiteenlopende onderwerpen als de kwaliteit van de produkten, de controle die in dat verband noodzakelijk is, maar ook omtrent de samenstelling van produkten en bijvoorbeeld de informatie die daaromtrent aan de consument moet worden verstrekt. Dit kan zo ver gaan dat bijvoorbeeld tot in detail wordt bepaald met welke lettergrootte en in welke taal de bestanddelen van een produkt op een etiket dienen te worden vermeld. Waar een nadere specificatie van eisen in beginsel tot doel heeft ondubbelzinnig duidelijkheid te verschaffen omtrent de rechtspositie van de justitiabele, kan een *overmatige* graad van detaillering op een gegeven moment in zijn tegendeel verkeren. Dan ziet de betrokkene door de bomen het bos niet meer en raakt hij het spoor bijster in het woud van regels en uitzonderingen.<sup>2122</sup>

Naast overmatige detaillering kunnen er ook andere factoren in de weg staan aan een goede inhoudelijke kenbaarheid van het bereik van de toepasselijke normen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de geregelde materie sterk techniek-afhankelijk is. In dergelijke omstandigheden kan het bijvoorbeeld nodig zijn om de regelgeving veelvuldig aan te passen

---

december 2000, DD 01.008. Een klassiek opstel over dit thema is nog steeds G.E. Mulder, 'Vage normen. Beschouwingen over het 'Lex Certa' beginsel', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (liber amicorum J. Remmelink), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427.

<sup>20</sup>Zie over deze wetgevingstechniek ook B.W.N. de Waard, 'Het legaliteitsbeginsel en zijn stiefmoeder. Over rechtszekerheid en vertrouwen bij het samenspel tussen straf- en bestuursrecht', in: *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 615-629, met nadere bronvermeldingen.

<sup>21</sup>Als concreet voorbeeld noem ik art. 1 van de Warenwetregeling Nitraatgehalte Groente, waarbij de vraag rees of de samenstellingseisen voor *sla* ook van toepassing zijn op (wat structuur betreft sterk afwijkende) *krulsla* of op *krulandijvie*. Zie HR 31 oktober 2000, DD 01.006 resp. HR 31 oktober 2000, DD 01.007, beide - samen met de in voetnoot 19 genoemde zaak - van commentaar voorzien door M.S. Groenhuijsen en F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *D&D* 2001, p. 330-346. De toepassing van deze regeling wordt verder gecompliceerd door het bestaan van 'tussenwetgeving' en een aparte 'zomernorm' voor sla die tussen mei en november is geoogst: zie HR 20 februari 1996, *NJ* 1996, 503 m.nt. Kn. en daaromtrent ook J. De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer 2000, p. 121.

<sup>22</sup>Zie ook het voorbeeld van de Kaderwet Diervoeders, met uitvoeringsbepalingen, waarvan Mols constateert dat daarmee het economisch strafrecht wordt 'geturboïseerd' en de normstelling niet steeds voldoet aan de eisen die daaraan vanuit het legaliteitsbeginsel moeten worden gesteld. G.P.M.F. Mols, 'Voedselveiligheid en strafrecht. Een beschouwing naar aanleiding van de Kaderwet Diervoeders', in: P. Van Russen Groen e.a. (red.), *Iets bijzonders* (liber amicorum M. Wladimiroff), 's-Gravenhage: Sdu uitgevers 2002, p. 123-132.

aan nieuwe ontwikkelingen en is niet zelden specialistische deskundigheid vereist om de inhoud van de geldende bepalingen te kunnen overzien.<sup>23</sup> Een variant op dit probleem is aan de orde indien de regels alleen kunnen worden begrepen resp. alleen zinvol kunnen worden gehanteerd indien de rechtstoepasser en de justitiabele beschikken over een diepgaande vakkennnis omtrent de gereguleerde ‘markt’. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van de financiële wereld, waarbij in het bijzonder het effectenverkeer de aandacht trekt. In deze sector van het maatschappelijk leven kan juridisch niet verantwoord worden ingegrepen zonder rekening te houden met branchegebonden gewoonten en andere randvoorwaarden. Toepassing van economisch strafrecht op dit terrein kan alleen legitiem zijn indien dit geschiedt op basis van vrij diepgaande kennis van de financiële wereld.<sup>24</sup>

Tegen deze achtergrond wenden we nu de blik naar de concrete vormen van begeleiding van regeltoepassing die we in het (economisch) strafrecht aantreffen. De drie onderscheiden vormen daarvan - de helpdesk, uitvoeringsmaatregelen en invulling door belangengroepen - komen in het economisch strafrecht zonder uitzondering voor.

### 3. Uitvoeringsmaatregelen

Het meest prominent geldt dat voor de zogenoemde uitvoeringsmaatregelen.<sup>25</sup> Instructief is vooral de regulering van het effectenverkeer in ruime zin. In 1988 werd de Stichting Toezicht Effectenverkeer (de STE) opgericht, die het jaar daarop werd belast met het dagelijkse toezicht op de Nederlandse effectenbeurzen. Ingevolge de Wet Toezicht Effectenverkeer (1991)<sup>26</sup> kreeg deze privaatrechtelijke rechtspersoon een vanuit de optiek van rechtsstaat en machtscheiding opvallend palet aan taken. De STE kreeg de bevoegdheid tot het uitwerken van algemeen geformuleerde regels uit de WTE of daarop gebaseerde AMvB's en tot het voeren van een wettelijk verankerd vergunningen- en ontheffingsbeleid. Procesrechtelijk is van belang dat de STE de beschikking kreeg over een aantal ruim geformuleerde controlebevoegdheden. En ten slotte werd in art. 18 WTE (1991) bepaald dat de STE als

---

<sup>23</sup>Dergelijke verschijnselen komen veelvuldig in het milieurecht voor (zie bijvoorbeeld L.E.M. Hendriks, *Techniek en normstelling in het milieustrafrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke handhaving van emissievoorschriften*, diss. Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994), maar spelen ook in andere deelgebieden van het strafrecht een steeds belangrijker rol.

<sup>24</sup>Hieronder zal ook meer in het algemeen worden ingegaan op de noodzaak om hulpmiddelen te benutten teneinde over voldoende financiële expertise te beschikken bij de toepassing van wettelijk verankerde normen. Voorzover de vereiste vakkennis betrekking heeft op boekhoudkundige principes of accountancy in relatie tot de strafrechtelijke ondersteuning van belastingheffing, valt dit buiten het bestek van deze bijdrage.

<sup>25</sup>Het bijzondere strafrecht steunt op talrijke uitvoeringsmaatregelen. Deze worden uit de aard der zaak niet allemaal behandeld; ik noem alleen enkele voorbeelden die vanuit het oogpunt van legaliteit - telkens verschillende - problemen of aandachtspunten oproepen.

<sup>26</sup>Zie hieromtrent D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht. Een studie inzake strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften uit de bank- en effectenwetgeving*, diss. Nijmegen, Deventer 1992, p. 197 e.v. en p. 439 e.v. Ik teken hierbij aan dat de WTE daarna nog diverse malen is gewijzigd.

delegataris<sup>27</sup> bindende voorschriften kan richten tot de houder van een effectenbeurs met betrekking tot de voor die beurs te hanteren regels, omtrent de toepassing daarvan alsmede omtrent de controle op de naleving daarvan. Dit laatste is pikant, omdat de sanctionering van de aldus uitgevaardigde regels onder het strafrechtelijke regiem van de WED werd gebracht.<sup>28</sup> Doorenbos heeft als eerste opgemerkt dat hiermee in feite een unicum tot stand werd gebracht, omdat langs deze weg het creëren van misdrijven inhoudelijk werd overgelaten aan een privaatrechtelijke instelling. Deze ‘merkwaardige constructie’ werd door hem dan ook ontraden, aangezien onvoldoende was gewaarborgd dat de aldus tot stand te brengen delictsomschrijvingen zouden voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel.<sup>29</sup>

Niettemin heeft de STE - en hetzelfde geldt voor zijn rechtsopvolger per 1 maart 2002, de Autoriteit Financiële Markten<sup>30</sup> - in de afgelopen jaren een positie verworven die nogal afwijkt van het traditionele model van machtenscheiding. Het takenpakket van de stichting bevat inmiddels elementen van wetgeving, beleid, opsporing, vervolging, rechtspraak en executie.<sup>31</sup> Gelet op het onderwerp van deze bijdrage, besteed ik vooral aandacht aan de beleidsmatige en regelgevende activiteiten die de rechtspositie van normadressaten in generieke zin beïnvloeden.

---

<sup>27</sup>Dus niet zoals daarvoor het geval was: als *mandataris* van de minister van financiën.

<sup>28</sup>Als gevolg van de grote ruimte die hier aan de delegataris wordt gelaten, kan zelfs de vraag worden opgeworpen of er in strikte zin nog wel kan worden gesproken van *uitvoeringsregelingen*. Het formeel-wettelijk kader biedt zoveel ruimte dat de daarop gebaseerde regels hieraan nauwelijks een inhoudelijke legitimatie kunnen ontleen.

<sup>29</sup>Waarbij hij vooral problemen voorzag ten aanzien van het *lex certa*-gebod; zie D.R. Doorenbos, ‘Privatisering van strafwetgeving’, *D&D* 1990, p. 443-449. In zeer uitzonderlijke gevallen kan de bijzondere techniek van regelgeving in het economisch strafrecht - per ongeluk - zelfs leiden tot door art. 1 lid 1 Sr verboden wetgeving met terugwerkende kracht. Zie het voorbeeld genoemd door Doorenbos, *a.w.* 1992, p. 149-150 met betrekking tot de Wet inzake Spaarbewijzen (1985), waarin voor de werking van de wet wordt verwezen naar een overeenkomst tussen De Nederlandsche Bank en het georganiseerde bank- en effectenwezen, met als (onbedoeld) gevolg dat de wet, bij gebreke van een afzonderlijke regel van overgangsrecht, ook van toepassing was op een periode van vier jaar voorafgaand aan haar inwerkingtreding.

<sup>30</sup>Voor de volledigheid moet ook worden vermeld dat de AFM per 3 maart 2002 ook is belast met het toezicht op de naleving van de Wet consumentenkrediet en sinds 8 maart 2002 daarnaast ook toezicht houdt op de zogenoemde ‘financiële bijsluiter’

<sup>31</sup>T.M. Schalken, ‘Criminaliteit en toezicht op de financiële sector’, *D&D* 2000, p. 957: “Een dergelijke concentratie van bevoegdheden roept, behalve in termen van rechtsbescherming, ook op het vlak van democratische legitimatie een aantal klemmende vragen op.” En op p. 958: “Dat is niet alleen in termen van legitimatie problematisch, maar ook vanuit handhavingsoogpunt.”



Sedert 1992 heeft de STE verschillende versies van een 'Nadere Regeling toezicht effectenverkeer' (NR) opgesteld. Deze regeling<sup>32</sup> concretiseert vele verplichtingen van beurzen en effecteninstellingen en bevat daartoe specifieke gedragsnormen met toelichting. De AFM kan op grond van de WTE en de Nadere Regeling ook (bestuurlijke) boetes opleggen als de regels niet naar behoren worden nageleefd.<sup>33</sup> Teneinde een goed beeld te krijgen van de aard van dit type regelgeving - en daarmee: van de maatschappelijke betekenis daarvan - is het noodzakelijk enkele voorschriften onder de loupe te nemen. Soms is een regel zo ruim gesteld dat de toezichthouder in de implementatiefase een vrije discretionaire ruimte behoudt om op een voor de justitiabelen moeilijk voorspelbare wijze te kunnen ingrijpen. In art. 12 NR bijvoorbeeld wordt in relatie tot de zogenoemde vermogensscheidingsregels bepaald dat de effecteninstelling met betrekking tot de effecten en gelden van cliënten een zodanige regeling treft *dat naar het oordeel van de Autoriteit Financiële Markten de rechten van die cliënten voldoende beschermd zijn*. Ook al worden in de opvolgende artikelen nog enige randvoorwaarden gesteld, duidelijk zal zijn dat de toezichthouder daarmee geen optimaal - wellicht zelfs: een ontoereikend - statuut van rechtszekerheid heeft gecreëerd. Belangrijk zijn voorts diverse bepalingen die materieel nader invulling geven aan datgene wat verboden is in het kader van koersgevoelige informatie, met name natuurlijk de handelingen die in de buurt liggen van strafbaar gebruik van voorwetenschap. Zo bepaalt art. 19 NR dat indien door het combineren van verschillende activiteiten binnen een effecteninstelling het adequate functioneren van de effectenmarkten dan wel het vertrouwen van beleggers op dat punt kan worden geschaad, doordat koersgevoelige of andere vertrouwelijke marktinformatie van de ene categorie werknemers terecht kan komen bij andere werknemers, de effecteninstelling alle maatregelen moet treffen die nodig zijn voor een onafhankelijk marktoptreden en ter vermindering van de verspreiding van die informatie buiten de kring van personen waarvoor zij bestemd is. In deze wat moeizame formulering - die in de letterlijke bepaling overigens nog aanmerkelijk ingewikkelder is - lezen we onder andere een aansporing om in desbetreffende gevallen over te gaan tot het oprichten van zogeheten Chinese Walls. De effectieve werking daarvan moet vervolgens intensief worden getoetst.<sup>34</sup> De Nadere Regeling geeft ook gedragsnormen voor de instellingen ten aanzien van andere aspecten van koersgevoelige informatie. In art. 22 NR wordt bijvoorbeeld bepaald dat de effecteninstelling een reglement met een gedragscode moet invoeren. Dat reglement dient ten minste te bepalen dat personen die over koersgevoelige of anderszins vertrouwelijke marktinformatie beschikken, daarmee 'uiterste zorgvuldigheid betrachten'. Dit houdt onder meer in dat de betrokkenen zich onthouden van het verrichten van transacties of het aanzetten tot het verrichten van transacties, rechtstreeks of indirect, dan wel daarover te adviseren, anders dan in de functie van tussenpersoon te goeder trouw handelend ter bediening van opdrachtgevers. Een ander prominent onderdeel is dat eenieder die onder deze bepaling valt desgevraagd alle gewenste

---

<sup>32</sup>Die zijn rechtsbasis heeft in de WTE en het Besluit toezicht effectenverkeer. Thans is de volledige naam: Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002; *Stcrt.* 2002, 165, p. 22.

<sup>33</sup>Zie in dit verband ook het Convenant bestuurlijke boetes en strafrechtelijke sancties, *Stcrt.* 2000, p. 9 en daarover G.J.M. Corstens, 'De capaciteit van de strafrechtspleging', *NJB* 2002, p. 1837.

<sup>34</sup>Zie over toezicht op de naleving art. 40 NR. Zie over de strafrechtelijke betekenis van dit instrument mijn boekje *Strafbaar misbruik van voorwetenschap en 'Chinese Walls'*, Amsterdam: NIBE 1991.

informatie aan de toezichthouder dient te verstrekken. In dezelfde lijn - bevorderen van transparantie - ligt ook art. 23 NR, waarin een regeling omtrent privé-beleggingstransacties verplicht wordt voorgeschreven. Dit artikel is op zijn beurt nog weer verder ingevuld in een bijlage<sup>35</sup>, met afzonderlijke bepalingen voor medewerkers en voor insiders, ieder voorzien van een apart regiem van toezicht op de naleving. Als laatste voorbeeld noem ik het verbod van koersmanipulatie en overige misleidende handelingen. Art. 32 NR bepaalt in dit verband in lid 1 dat de effecteninstelling zich onthoudt van misleidende handelingen. Lid 2 specificeert vervolgens een aantal concrete handelingen die dit ongewenste (dus verboden) effect kunnen hebben, waaronder het verrichten van transacties in de desbetreffende financiële instrumenten. Tekenend voor de structuur van de onderhavige regelgeving is dan weer dat in lid 3 een reeks uitzonderingen wordt aangegeven, die tot doel hebben een te ruim bereik van het algemene verbod te beperken en zodoende handelingen toe te staan die tot een normaal branchegebruik worden gerekend: “Het tweede lid (...) is niet van toepassing voor zover transacties in financiële instrumenten die zijn toegelaten of die worden toegelaten tot de notering van een effectenbeurs als oogmerk hebben de prijs van die financiële instrumenten in het kader van een aanbieding van effecten bij uitgifte of herplaatsing te stabiliseren en hierbij wordt voldaan aan de in bijlage 6 opgenomen voorwaarden inzake koersstabilisatie, of naar het oordeel van de Autoriteit Financiële Markten hieraan gelijkwaardige voorwaarden.” Vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel valt hierbij aan te tekenen dat het sluimerende commune verbod van koersmanipulatie (art. 334 Sr) voor een beperkte categorie normadressaten op een bijzondere wijze is geactiveerd. Voor het bereik van dat economisch delict moet de justitiabele zich dan weer in verstreckende mate verlaten op het oordeel van de toezichthoudende instantie.

Om het vorenstaande nog wat verder te compliceren is per 1 februari 2001 door De Nederlandsche Bank en de AFM de zogenoemde *Richtlijn Insiderregeling* opgesteld.<sup>36</sup> Deze richtlijn berust op art. 22 Wet toezicht kredietwezen 1992 en het zojuist al genoemde art. 23 NR 1999. De verschillende regelingen zijn nodig vanwege de onderscheiden groepen normadressaten. Voor de bancaire sector - kredietinstellingen, niet zijnde effecteninstellingen - is enkel deze richtlijn van toepassing. Voor de kredietinstellingen die zijn opgenomen in het register van de WTE 1995 geldt in beginsel zowel deze richtlijn als de eerdergenoemde regeling in bijlage 3 van het NR 1999. Teneinde onnodige onduidelijkheden te vermijden is

---

<sup>35</sup>Bijlage 3, ‘*ter uitvoering van artikel 23 van deze regeling, houdende de door effecteninstellingen in haar reglement op te nemen regels inzake privé-beleggingstransacties door aan die instellingen verbonden personen*’.

<sup>36</sup>De onderhavige materie is juridisch voortdurend in beweging. Op 12 april 2003 is de Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), in werking getreden (Pb EG 2003, L 96/16). Zie over de inhoud daarvan C.M. Crum & F.G.H. Kristen, ‘Bouwen aan de interne markt: de richtlijn inzake handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (market abuse)’, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 9-14. De richtlijn noopt ons land tot aanpassing van de wetgeving op dit terrein, uiterlijk per 12 oktober 2004. Inmiddels heeft het ministerie van financiën op 8 augustus 2003 een concept-wetsvoorstel gepubliceerd. Het bevat een verbod van marktmanipulatie (art. 47b WTE 1995). Het bestaande verbod van bedrog bij emissie/publieksmisleiding (art. 47 WTE 1995) komt te vervallen; voor art. 334 Sr zal een aanvullende rol zijn weggelegd. Zie voor de eerste reacties op dit wetsvoorstel de rubriek ‘Financieel strafrecht’ in *D&D* 2003, p.1121-1125, door D.R. Doorenbos.

nu door de AFM en DNB overeengekomen<sup>37</sup> dat de betrokken instellingen aan bijlage 3 voldoen indien zij alle in de onderhavige richtlijn insiderregeling neergelegde regels naleven. Dit is dus de uitsluitende toetsingsmaatstaf. Wat de inhoud betreft noem ik slechts enkele bepalingen, waaruit blijkt dat in dit type regelgeving elders gestelde (formeel) wettelijke normen hetzij worden herhaald, hetzij worden aangescherpt en uitgebreid.

Art. 3 bijvoorbeeld luidt:

1. Indien de medewerker over gevoelige informatie beschikt mag deze informatie uitsluitend worden gebruikt voor een goede taakuitvoering van de medewerker. De medewerker mag zelf geen daarmee in verband staande beleggingstransacties verrichten. (...)
3. Het is de medewerker niet toegestaan een effectentransactie te verrichten naar aanleiding van of vooruitlopend op effectenorders van cliënten of van de instelling waar de medewerker werkzaam is. (verbod van het zogenaamde ‘frontrunning’, MSG)
5. Tenzij (...) is het de medewerker niet toegestaan op welke wijze dan ook, direct of indirect, geheel of gedeeltelijk, gevoelige informatie aan anderen te verstrekken of daaromtrent te doen blijken”.

En art. 4 bepaalt onder andere:

1. Het is de insider niet toegestaan een effectentransactie te verrichten, indien daardoor redelijkerwijs de schijn kan worden gewekt dat hij daarbij beschikte of kon beschikken over voorwetenschap.
2. Het is de insider, die werkzaam is bij de organisatorische eenheid van de effecten- of kredietinstelling die een functie vervult bij een emissie of beursintroductie of anderszins uit hoofde van zijn functie daarbij betrokken is, niet toegestaan in te schrijven op die emissies of beursintroducties.

Het laatstgemelde voorschrift gaat erg ver, aangezien emissies en beursintroducties omgeven zijn met allerlei waarborgen (bijvoorbeeld omtrent de inhoud van het prospectus) die transparantie bevorderen en een gelijke informatiepositie voor alle potentiële beleggers moeten verzekeren. Op zichzelf ligt het dan niet erg voor de hand dat er bij de insiders nog kennis aanwezig is die wel relevant is maar niet is vermeld in de openbare stukken.<sup>38 39</sup>

De laatste hier te vermelden uitvoeringsregeling betreft de zogenoemde Financiële Bijsluiter. Met ingang van 1 juli 2002 zijn alle aanbiedende instellingen (banken, verzekeraars, effecteninstellingen) wettelijk verplicht zo’n bijsluiter te verstrekken wanneer consumenten

---

<sup>37</sup>Dit is een overeenkomst die noch op delegatie, noch op mandaat berust. Het is wel van belang om vast te stellen dat deze afspraken in feite neerkomen op nadere invulling van regels door bij de rechtshandhaving betrokken belangengroepen.

<sup>38</sup>De regeling laat dus zien dat men op het onderhavige terrein soortgelijke handelingen vanuit verschillende invalshoeken (onderliggende belangen) heeft willen criminaliseren. Art. 4 moet bijvoorbeeld worden gelezen tegen de achtergrond van het bewaren en bewaken van de reputatie van financiële instellingen, waaraan dan de conclusie is verbonden om alle effectentransactie te verbieden teneinde alleen al de schijn van voorwetenschap te vermijden.

<sup>39</sup>Voor de volledigheid meld ik nog dat er voor andere insiders dan die van art. 4 lid 2 in het derde lid aparte regels zijn gesteld. Die zijn voor de hoofdlijn van het betoog evenwel minder opmerkelijk.

zich oriënteren op de aanschaf van complexe financiële producten.<sup>40</sup> De regeling berust op de WTE. De financiële bijsluiter - een standaarddocument - moet actief door de instelling worden verstrekt zonder dat de consument daar om heeft gevraagd. De bijsluiter biedt inzicht in de aard van het product, de kosten, het rendement en het risico. Het document geeft tevens informatie omtrent het toezicht op het betreffende product en omtrent toepasselijke klachtenregelingen. Vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel kan hierbij het volgende worden aangetekend. De oorspronkelijke idee achter dit beginsel was om in strafbaarstellingen gedragingen te beschrijven die materieel onrecht inhouden. Later zien we - en de onderhavige verplichting omtrent een bijsluiter is hier een voorbeeld van - dat de grens van het strafbare handelen vrij ver naar voren wordt verplaatst.<sup>41</sup> Oorspronkelijk was er bij het aanbieden van financiële diensten of producten pas sprake van overtreding van de strafwet in geval van, simpel samengevat, inhoudelijke misleiding of bedrog van de klanten. Thans zie je dat in feite het verzuim om preventieve maatregelen te nemen waardoor benadeling van cliënten wordt voorkomen reeds onder het bereik van de strafwet is gebracht. De aansprakelijkheid wordt hiermee uitgebreid naar een terrein dat in principe tamelijk ver vóór het domein van materieel onrecht ligt.<sup>42</sup> Het is wellicht goed om de strekking van deze laatste constatering nog eens expliciet in verband te brengen met de probleemstelling van dit opstel. De centrale vraag in deze paragraaf betreft de bijdrage die 'uitvoeringsmaatregelen' kunnen leveren aan het hanteerbaar maken van de formele wet. Door de gereleveerde voorbeelden wordt duidelijk dat diverse van de beschreven maatregelen méér doen dan dat. Ze bevorderen niet alleen de rechtszekerheid en ze dragen daarnaast niet alleen bij aan een grotere mate van flexibiliteit van het totale systeem. Aard en inhoud van de uitvoeringsmaatregelen hebben bovendien tot gevolg dat er spanning kan ontstaan met algemene uitgangspunten die aan het strafrechtelijk systeem als zodanig ten grondslag liggen. Dat dient te worden geproblematiseerd, omdat de heilzame werking van deze hulpinstrumenten dan moet worden afgewogen tegen sluipenderwijs intredende (potentiële) nadelen.

#### *4. Beleidsregels*

Naast de besproken uitvoeringsregelingen zijn er op het werkterrein van de AFM nogal wat *beleidsregels* ingevoerd die de rechtspositie van justitiablen meer of minder rechtstreeks bepalen.

Sommige van deze beleidsregels hebben een tamelijk 'neutraal' karakter. Daarmee wordt bedoeld dat daarin vooral technische aanwijzingen zijn opgenomen ter verduidelijking van de in de wet in formele zin opgenomen voorschriften. Voorbeelden hiervan zijn de

---

<sup>40</sup>Het gaat om zaken als aandelenleaseproducten, beleggingsfondsen en beleggingsverzekeringen.

<sup>41</sup>De wetgever heeft bij de onderhavige verplichtingen in eerste instantie gedacht aan handhaving door middel van dwangsommen en bestuurlijke boetes. Desondanks is ook tot strafbaarstelling overgegaan.

<sup>42</sup>Het criminaliseren van ethisch indifferente - of zelfs maatschappelijk wenselijke - handelingen in het voorveld van mogelijk laakbaar gedrag is overigens op steeds meer onderdelen van het strafrecht waarneembaar. Zie voor andere voorbeelden de studie van Peter Smith, *Strafbare voorbereiding. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. Groningen 2003, met vele bronverwijzingen.

‘Beleidslijn verplicht reglement, nr. 99.0002’<sup>43</sup>, de ‘Beleidsnotitie deskundigheid en dagelijkse leiding, nr. 99.0004’<sup>44</sup>, alsmede de ‘Beleidsregel inzake de betrouwbaarheidstoetsing van (kandidaat)(mede) beleidsbepalers en houders van gekwalificeerde deelnemingen in onder toezicht staande instellingen’.<sup>45</sup>

Voor het centrale onderwerp van onze beschouwingen is het evenwel nodig om vooral in te gaan op de beleidslijnen waarin op meer inhoudelijk niveau de eigenlijke (normstellende) taak van de wetgever wordt waargenomen. Dit is vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel vooral ook interessant omdat naar het zich laat aanzien de AFM eerder geneigd is om misbruik van informatie aan te nemen dan de Minister van Financiën. We zien hier dus dat de lagere regelgever in het kader van beleidsregels strenger lijkt te oordelen dan de formele wetgever.<sup>46</sup>

Dat is in de eerste plaats het geval in de ‘Beleidsnotitie analistenrapporten, nr. 99.0001’. Uit de inleiding van deze notitie blijkt onmiskenbaar dat met dit document precies datgene wordt nagestreefd wat doorgaans als positief effect van strafwetgeving wordt gezien. Eerst wordt geconstateerd dat er in de sector en in de literatuur ‘enige onzekerheid’ bestaat over de positie van onderzoek (research, analyses, etc.) in relatie tot de WTE ‘95 en daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen. Daarom formuleert de STE (resp. AFM) in deze beleidsnotitie uitgangspunten en nadere richtlijnen met betrekking tot de positie van

---

<sup>43</sup>Art. 46d WTE 1995 verplicht een instelling die effecten heeft uitgegeven of zal uitgeven, een reglement op te stellen waarin regels worden gesteld ten aanzien van het bezit van en transacties in deze effecten. In de beleidslijn heeft de AFM een model voor het reglement opgenomen dat voldoet aan de bij de ministeriële regeling gestelde regels en de normen die de AFM adequaat vindt. Het model heeft als doel de integriteit van de effectenmarkten en de adequate werking van deze markten te vergroten.

<sup>44</sup>Deze notitie, die berust op art. 10 lid 1 Besluit toezicht effectenverkeer 1995, geeft een toelichting op het begrip deskundigheid en de wijze waarop de inhoudelijke beoordeling daarvan plaatsvindt. Ook gaat de beleidsnotitie in op de vraag hoe moet worden omgegaan met het vereiste inzake de minimaal tweehoofdige leiding.

<sup>45</sup>De regel is een uitvloeisel van een groot aantal uiteenlopende wettelijke regelingen: de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht beleggingsinstellingen, het Besluit toezicht beleggingsinstellingen 1995, de WTE 1995, het Besluit toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf en de Wet inzake de wisselkantoren. De beleidsregel geeft aan hoe en op welke gronden de toezichthouder tot het oordeel kan komen dat de vereiste betrouwbaarheid van een beleidsbepaler en een (groot)aandeelhouder van een financiële instelling niet buiten twijfel staat. De beleidsregel is afkomstig van DNB, AFM, de Stichting Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK) en de minister van Financiën als toezichthouder. De toezichthouder beschikt over een aantal bevoegdheden als de betrouwbaarheid niet buiten twijfel staat: het geven van aanwijzingen, niet verlenen of intrekken van vergunningen, of het weigeren dan wel intrekken van een verklaring van geen bezwaar.

<sup>46</sup>Op strafprocessueel terrein is de essentie van beleidsrecht nu juist bijna gelegen in het omgekeerde: de kern van - en rechtvaardiging voor - beleidsregels is juist dat binnen de mogelijke bevoegdheidsuitoefening een beperking wordt aangebracht door de daadwerkelijk te verwachten bevoegdheidsuitoefening in algemene zin te omschrijven. Vergelijk A.C. ‘t Hart, *Strafrecht en beleid. Essays*, Leuven: Acco 1983.

onderzoek, analistenrapporten, publicaties en adviezen. Hierin wordt een inhoudelijke opvatting van de toezichthouder neergelegd omtrent het mogelijk strafwaardig karakter van het benutten van analistenrapporten. Het doel hiervan is het voorkomen van (de schijn van) het gebruik van voorwetenschap (frontrunning daaronder begrepen). Beoogd is met deze algemene richtlijnen zoveel mogelijk concrete situaties die zich kunnen voordoen in de markt af te dekken. Concreet worden in de beleidsnotitie twee situaties onderscheiden. Ten eerste het geval waarin de conclusies of aanbevelingen van onderzoeksrapporten die berusten op openbare informatie<sup>47</sup> *niet openbaar* worden gemaakt. Dan is er geen sprake van voorwetenschap in de zin van art. 46 WTE 1995 en stelt de notitie verder geen beperkingen. Dit ligt paradoxalerwijze anders als het betreffende rapport *wel* openbaar wordt gemaakt. In dat geval is essentieel of de effecteninstelling weet of behoort te weten dat de publicatie van de onderzoeksbevindingen redelijkerwijs invloed zou kunnen hebben op de koers van de effecten. Is een dergelijke invloed te verwachten, dan moet de openbaarmaking van het rapport op zichzelf worden beschouwd als een ‘bijzonderheid omtrent de handel’ als bedoeld in het verbod omtrent gebruik van voorwetenschap. De beleidsnotitie stelt vervolgens dat niet kan worden uitgesloten dat de rechter in dergelijke situaties - rekening houdend met alle omstandigheden van het geval - oordeelt dat sprake is van bekendheid met een bijzonderheid omtrent de handel in effecten, met als operationeel gevolg dat de notitie voorschrijft: “In dit geval staat het de instelling niet vrij haar bevindingen bij haar eigen transactiebeslissingen te betrekken. Ook het in beperkte kring vooraf verspreiden van de te publiceren informatie, zoals bij de individuele advisering van een selecte groep cliënten (‘in house’ en extern), is niet toegestaan.” Deze richtlijnen hebben een voor de sector verplichtend karakter.<sup>48</sup>

De tweede hier te vermelden op inhoudelijke normering gerichte beleidsnotitie heeft betrekking op het Internet in relatie tot het toezicht op het effectenverkeer in Nederland (99-0003). Door de omvang, complexiteit en de mogelijkheden van het ‘web’ dwingt het groeiende gebruik van het internet in het effectenverkeer de toezichthouders tot een nadere beleidsformulering.<sup>49</sup> In artt. 3 en 7 WTE 1995 wordt de eis gesteld dat de daar bedoelde diensten “in of vanuit Nederland” plaatshebben. De beleidsnotitie geeft nu een aantal indicatoren aan de hand waarvan kan worden bepaald of via internet uitgeoefende activiteiten op inwoners van Nederland zijn gericht, waardoor zij onder het toezicht van de STE (AFM) vallen. Ten aanzien van de wettelijke verplichtingen voor effecteninstellingen omtrent de aan beleggers te verstrekken informatie kan volgens de notitie niet worden voldaan door middel van het *uitsluitend* via internet verstrekken of verkrijgbaar stellen daarvan; deze moet overeenkomstig de regels van het BTE 1995 en de NR 2002 ook in schriftelijke (hard copy) vorm beschikbaar worden gesteld. Concreet betekent dit dat bijvoorbeeld een emissieprospectus altijd tevens in gedrukte vorm beschikbaar dient te zijn. Hetzelfde geldt voor het (verplicht) publiceren van koersgevoelige informatie. Naar maatstaven van vandaag is de motivering van deze richtlijn curieus te noemen: de STE vindt namelijk (begin 1999) dat de toegang van beleggers tot het internet nog niet zodanig is dat informatie die langs deze weg

---

<sup>47</sup> Indien de rapporten berusten op niet-openbare informatie is er zonder meer sprake van voorwetenschap, die niet mag worden gebruikt.

<sup>48</sup> Maatregelen ter uitvoering van de beleidsnotitie worden namelijk geacht deel uit te maken van de maatregelen bedoeld in art. 19 NR ‘99.

<sup>49</sup> Het gaat krachtens de inleiding van de notitie om een invulling van het kader dat bestaat uit de WTE 1995, het BTE 1995 en de NR 2002; de bevoegdheid tot het uitvaardigen van deze beleidsregels berust op titel 4.3. Awb.

beschikbaar wordt gesteld daarmee *algemeen* verkrijgbaar is gesteld! Een andere - modernere - interpretatie van het effectenrecht zou zonder deze beleidsnotitie minst genomen voor de hand hebben gelegen.<sup>50</sup> Vervolgens wordt gestipuleerd dat met betrekking tot beursorderlijnen via het internet dezelfde wettelijke eisen gelden als voor het effectenverkeer dat buiten dat medium tot stand komt (dus o.a.: goedkeuring vóór door de STE/AFM).<sup>51</sup> Voor het twijfelgeval van de zogenaamde ‘bulletinboards’, waarbij de mogelijkheid wordt geboden aan- en verkoopinteresse (orders) aan te geven (c.q. in te leggen) indien daarbij geen handels- of afwikkelingssysteem wordt aangeboden en geen prijsvorming binnen het systeem plaatsvindt, stelt de STE/AFM zich op het standpunt dat dit in beginsel *niet* onder de wettelijke definitie van effectenbeurs valt.

De volgende hier te vermelden beleidsregel is de zogenaamde ‘Circulaire besloten kring’.<sup>52</sup> Op grond van art. 3 WTE 1995 is het verboden in of vanuit Nederland buiten een besloten kring bij uitgifte effecten aan te bieden dan wel zodanige aanbieding door middel van advertenties of documenten in het vooruitzicht te stellen. Het begrip ‘besloten kring’ wordt in de wet niet gedefinieerd. Wel geeft de memorie van toelichting op de oudere WTE drie criteria die in dit verband van belang zijn. Vanuit het oogpunt van legaliteit (en meer bijzonder het gezichtspunt van de begeleiding van de toepassing van de wet) is interessant dat de toepassing van deze criteria in de praktijk nogal eens aanleiding heeft gegeven tot interpretatievragen, waarbij de STE/AFM vanuit de markt wordt benaderd met de vraag om een oordeel te geven over de vraag of een concrete aanbieding is te beschouwen als een aanbieding ‘binnen besloten kring’. De onderhavige circulaire beoogt nu meer duidelijkheid te scheppen omtrent het beleid op dit terrein, waarbij wordt aangetekend dat de omstandigheden van het individuele geval van belang blijven en dat het uiteindelijke oordeel omtrent de wederrechtelijkheid aan de rechter is voorbehouden. De *status* van de circulaire wordt dan ook in de inleiding daarvan ongebruikelijk duidelijk aangegeven: “Het oordeel van de STE kan worden gezien als een advies aan marktpartijen dat van betekenis is voor de vraag of de STE een onderzoek zal (laten) instellen naar een (vermoedelijke) overtreding van het verbod van artikel 3 WTE 1995 en tevens voor de vraag of aangifte zal worden gedaan van het vermoeden van een strafbaar feit bij het Openbaar Ministerie.” Materieel bezien heeft de circulaire daarmee vrijwel altijd doorslaggevende betekenis voor de rechtspositie van de burger.<sup>53</sup> Bij

---

<sup>50</sup>Een verklaring hiervan kan overigens worden gevonden in het internationale recht. Art. 46 WTE bepaalt dat publicatie in landelijke dagbladen leidt tot algemene bekendmaking; dit voorschrift berust op zijn beurt op Richtlijn 79/279/EEG, een richtlijn die dus waarneembaar van voor het internettijdperk dateert.

<sup>51</sup>Hier wordt dus in het effectenrecht per beleidsnotitie een regiem uit de ‘oude wereld’ van toepassing verklaard op de elektronische snelweg. Het behoeft geen betoog dat zo’n aanpak in het commune strafrecht ontoereikend zou worden geoordeeld, getuige de wet-computercriminaliteit.

<sup>52</sup>Circulaire 98-001 (juli 1998): Beleid van de STE (resp. AFM) inzake besloten kring. Ik wijs volledigheidshalve ook nog op de soortgelijke circulaire van DNB, zie *Stcrt.* 1999, 94.

<sup>53</sup>De aanduiding als ‘advies’ doet eufemistisch aan in het licht van de jurisprudentie omtrent het leerstuk van de avas (waarin bijvoorbeeld het criterium een rol speelt dat men moet kunnen afgaan op het oordeel van een persoon of instantie aan wie als zodanig zoveel gezag toekomt dat men mag vertrouwen op deswege gedane mededelingen); en het niet doen van de genoemde aangifte leidt er *de facto* toe dat geen repressieve actie te verwachten is.

de inhoudelijke uiteenzetting van het beleid ligt vervolgens sterk de nadruk op de invulling van het begrip ‘een zekere relatie’ in het tweede van de drie in de memorie van toelichting genoemde criteria. In de circulaire wordt gesteld dat het hier moet gaan om een juridisch objectiveerbare relatie, waar een zekere beschermende werking van uit gaat. Voorbeelden die concreet worden uitgewerkt betreffen de werkgevers-werknemersrelatie<sup>54</sup> en de leden van een vereniging.<sup>55</sup> Ten slotte wordt nog aangegeven dat in het kader van het besloten kring beleid periodiek overleg wordt gevoerd met DNB.

Als laatste vermeld ik de concept beleidsregel polsen van (groot)aandeelhouders.<sup>56</sup> Ook op dit terrein is het achterliggende probleem gelegen in de onzekerheid van partijen die deelnemen aan het financiële verkeer omtrent de vraag in hoeverre bona fide marktconforme praktijken wellicht als overtreding van de strafwet moeten worden beschouwd. Het concrete vraagstuk is duidelijk en praktisch. Indien een potentiële overnemer een bod wil uitbrengen op de aandelen van een beursgenoteerde vennootschap, ligt het voor de hand dat hij wil nagaan of sommige bestaande (groot)aandeelhouders genegen zijn om op een dergelijk bod in te gaan. Dit gebeurt in de praktijk regelmatig en is in het belang van alle betrokkenen. Toch kunnen beide partijen hierdoor in strafrechtelijke problemen komen. De polsende bidder zou het tipverbod van art. 46a WTE 1995 kunnen overtreden; de gepolste aandeelhouder die na een kenbaar gemaakt voornemen ook daadwerkelijk op het bod ingaat zou een transactie met voorwetenschap verrichten ex art. 46 lid 1 WTE 1995. De concept beleidsregel biedt nu uitkomst. De AFM zal het zojuist beschreven polsen niet beschouwen als overtreding van het tipverbod omdat een dergelijke gedraging bijdraagt aan het adequaat functioneren van de effectenmarkt en de positie van de beleggers en als zodanig aansluit bij de doelstellingen van de WTE. Wel moet de potentiële bidder er in zijn contact met de aandeelhouders aan bijdragen dat de kring van personen die kennis hebben van het voorgenomen bod zo klein mogelijk blijft; hij dient een *stand still* overeenkomst af te sluiten met de gepolste wederpartij; en hij is verplicht om de informatie die hij vooraf heeft verstrekt integraal op te nemen in het biedingsbericht dat aan het grote publiek wordt verstrekt. Ten aanzien van de geconsulteerde aandeelhouders stelt de beleidsregel vast dat deze door het preliminaire contact inderdaad over voorwetenschap in de zin van de wet komt te beschikken, zodat geen transacties meer mogen worden verricht en de betreffende informatie niet aan derden mag worden verstrekt. Maar als hij - conform de gedane toezegging - zijn aandelen vervolgens daadwerkelijk aanbiedt na het uitbrengen van het openbare bod, dan zal de AFM niet handhavend optreden, omdat ook deze handelwijze op de eerder genoemde gronden aansluit bij de doelstelling van de wet. Van

---

Voorts wordt in de geciteerde inleiding terecht toegevoegd dat na het in werking treden van de wet tot invoering van de dwangsom en de bestuurlijke boete de STE (resp. AFM) zelfstandig een boete of dwangsom kunnen opleggen bij overtredingen, en daarbij uiteraard deze circulaire volledig als uitgangspunt van beoordeling van handelen zullen nemen.

<sup>54</sup>Met aantekening dat het aantal werknemers niet van belang is; alsmede een uitgewerkte opsomming van categorieën personen die niet als werknemer worden gezien (uitzendkrachten, projectmedewerkers, adviseurs, etc.)

<sup>55</sup>Hier is de omvang van de vereniging wèl van belang, evenals kwaliteitseisen ten aanzien van toetreding, zodat een beoordeling in individuele gevallen in het vooruitzicht wordt gesteld.

<sup>56</sup>Zie omtrent vindplaats, achtergrond en inhoud hiervan ook E. van Liere & M. Bakker, ‘Gedoogt het OM het gedogen?’, in: *Iets bijzonders*, a.w. p. 113-122, m.n. p. 115-117.



Liere en Bakker tekenen bij dit heldere beleidsmatige standpunt van de AFM aan dat zulks de betrokken partijen niet echt vrijwaart van repressief optreden, omdat ook het OM op dit terrein nog een rol speelt.<sup>57</sup> Vanuit praktisch oogpunt kan wellicht worden gezegd dat deze vrees enigszins overtrokken lijkt te zijn. Als aan de gestelde voorwaarden inhoudelijk wordt voldaan, is een strafrechtelijke interventie immers dogmatisch nauwelijks méér dan een theoretische mogelijkheid. Maar vanuit het gezichtspunt van het legaliteitsbeginsel signaleren Van Liere en Bakker wel degelijk een fundamenteel probleem. Evenals het geval was bij de zojuist besproken ‘Circulaire besloten kring’, is er sprake van een dilemma wanneer enerzijds aan de justitiabele door middel van nadere regelgeving uitsluitel wordt geboden omtrent een erkend lastig onderdeel van diens rechtspositie, terwijl anderzijds als gevolg van een gelaagde institutionele organisatie van de rechtshandhaving de mogelijkheid van strafvervolgning van ‘regelconform’ handelen blijft bestaan.

### 5. Invulling met behulp van belangengroepen

Het begeleiden van regeltoepassing in het (economisch) strafrecht vindt ook plaats door gebruik te maken van belangengroepen. Hierbij moet voorop worden gesteld dat het dan niet primair gaat om het invullen van inhoudelijk te vage wettelijke regels, maar vooral om inspraak bij (het beleid ter zake van) de toepassing van die regels of in de aanloop naar een inhoudelijke bijstelling daarvan. Ik vermeld de drie meest in het oog springende voorbeelden of varianten hiervan.

Het eerste heeft betrekking op de uitvoering van de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties.<sup>58</sup> De wet MOT is in verschillende opzichten een typisch voorbeeld van moderne regelgeving. Anders dan in het klassieke strafrecht het geval was, worden door middel van deze wet niet de handelingen gecriminaliseerd waarvan het onrechtskarakter rechtstreeks of intrinsiek inzichtelijk is. Het gaat daarentegen vooral om gedragingen die *op zichzelf beschouwd* volstrekt onschuldig zijn, maar die vanwege de context waarin ze plaatshebben een symptoom *kunnen* vormen van achterliggende criminele activiteit.<sup>59</sup> Zo legt de wet MOT aan financiële instellingen een meldingsplicht op terzake van ongebruikelijke transacties teneinde daarmee de kans op bewuste of ongewilde medewerking aan witwaspraktijken te verkleinen. De wet, die bewust ook is gericht tot bona fide deelnemers aan het financiële verkeer, heeft daarmee naast de traditionele repressieve functie ook - en met nadruk - een preventieve doelstelling. De omstandigheid dat de desbetreffende instructienormen niet alleen zijn gericht tot potentiële criminelen heeft ook gevolgen voor de uitwerking, de invulling en de toepassing daarvan. De adressaten van de strafrechtelijk gesanctioneerde norm worden in dit verband in zekere zin<sup>60</sup> beschouwd als *partners* van de overheid in de strijd tegen het

---

<sup>57</sup>A.w., p. 117-118.

<sup>58</sup>Wet van 16 december 1993, Stb. 705. Zie o.a. M.S. Groenhuijsen & D. Van der Landen, *Financiële instellingen en de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld*, Amsterdam 1995, m.n. p. 15 e.v.

<sup>59</sup>Eerder in deze bijdrage (zie paragraaf ..) is reeds een soortgelijke verschuiving naar het voorveld in de strafrechtelijke aansprakelijkheid gesignaleerd bij de regelgeving omtrent de Financiële Bijsluiting.

<sup>60</sup>Natuurlijk slechts ‘in zekere zin’. Het zou naïef zijn om te miskennen dat banken en andere financiële instellingen in deze een ambivalente loyaliteit hebben. Het is bijvoorbeeld

witwassen. Dit komt wellicht het meest nadrukkelijk<sup>61</sup> tot uitdrukking in de wijze waarop de lijst van indicatoren tot stand komt (resp. wordt geactualiseerd) aan de hand waarvan wordt bepaald welke transacties moeten worden gemeld en de manier waarop meer in het algemeen de inbreng van de betrokken branche wordt georganiseerd. Hoofdstuk IV van de wet MOT bevat namelijk een aparte regeling omtrent de zogeheten ‘begeleidingscommissie’ voor het meldpunt. Deze commissie heeft onder meer als taak om gevraagd of ongevraagd aan de ministers van Justitie en Financiën te adviseren over de wijze waarop het meldpunt functioneert, over de vaststelling van de zojuist genoemde lijst van indicatoren en over de effectiviteit van de meldingsplicht (art. 15). Van belang is nu dat de commissie bestaat uit vertegenwoordigers van de betrokken departementen en politie en justitie, maar daarnaast ook uit leden afkomstig uit “de bedrijfstakken en beroepsgroepen die onder de werking van deze wet vallen” (art. 16 lid 1 sub c).

Het tweede voorbeeld van begeleiding van regeltoepassing met behulp van belangengroepen - hoewel van andere aard dan de begeleidingscommissie in de wet MOT - wordt gevormd door het zogenoemde Financieel Expertise Centrum.<sup>62</sup> Het FEC is een samenwerkingsverband met een bijzonder karakter: het bestaat uit deelnemers die alle in een publiekrechtelijke hoedanigheid zijn betrokken bij de handhaving van strafrechtelijk gesanctioneerde regelgeving op financieel terrein.<sup>63</sup> Het doel van dit centrum is het versterken van de integriteit van de financiële sector vanuit een gezamenlijke verantwoordelijkheid en betrokkenheid. Hieruit volgen drie taken:<sup>64</sup>

- Het uitwisselen van informatie over onderzoeksmethoden, fraudeprofielen, trends en marktontwikkelingen, teneinde de taakuitoefening van de betrokken instanties te versterken;
- Het bevorderen dat delicten die door elke instantie afzonderlijk onvolledig worden onderkend beter in beeld worden gebracht; en

---

onmiskkenbaar dat zij door hun cliënten niet gezien willen worden als een verlengstuk van justitie; zie M.S. Groenhuijsen & D. Van der Landen, ‘Strafbaarstelling van witwassen, meldingsplichten en underground banking’, *Delikt en Delinkwent* 2000, p. 989-1011, m.n. p. 999.

<sup>61</sup>Ik zie nu even af van de eveneens in dit licht te plaatsen strafrechtelijke (art. 12) en civielrechtelijke (art. 13) vrijwaringen tegen aansprakelijkheid die de wet MOT bevat. In hetzelfde perspectief kan ook de ‘Richtlijn vrijwillige medewerking banken bij onderzoeken’ worden begrepen (12 juni 1996, Stcrt. 1996, 168), vastgesteld door het college van P-G’s maar gebaseerd op een gezamenlijk door het OM en de Nederlandse Vereniging van Banken opgestelde gedragslijn.

<sup>62</sup>Het FEC is ingesteld bij besluit van 31 december 1998 van de ministers van Financiën en Justitie en de staatssecretaris van Financiën naar aanleiding van de ‘Nota Integriteit Financiële Sector’ van december 1997.

<sup>63</sup>De 9 deelnemers zijn: DNB, de Pensioen- en Verzekeringskamer, de AFM, de belastingdienst FIOD/ECD, politie Amsterdam-Amstelland, KLPD, het meldpunt ongebruikelijke transacties, en het OM parket Amsterdam.

<sup>64</sup>J.M. Nelen, ‘Integriteitshandhaving in de financiële sector; de rol van het financieel expertisecentrum’, *Delikt en Delinkwent* 2000, p. 1038 e.v., m.n. p. 1041. Zie over de taken en daaruit voortgevloeide activiteiten van het FEC voorts *DD* 2001, p. 1138-1145 (door D. van der Landen, D.R. Doorenbos en F.P. Ölcer).

- Het ontwikkelen van expertise ten behoeve van de uitvoering van opsporingsonderzoeken.

Hieruit blijkt reeds dat het FEC vooral is gericht op het vergroten van kennis omtrent deze specifieke - en voor buitenstaanders zo moeilijk toegankelijke - markt.<sup>65</sup> Het gaat om verrijking van informatie; het centrum heeft zelf geen opsporingsbevoegdheden. Operationeel bestaat het FEC uit twee afdelingen, het zogenoemde ‘informatieoverleg’ en het ‘selectieoverleg’. Het doel van het eerstgenoemde gremium is om in het algemeen meer zicht te krijgen op integriteitsbedreigend gedrag (bijvoorbeeld nieuwe fraudemechanismen en niet-subjectgebonden fraudesignalen) en het doen van aanbevelingen om dergelijk gedrag tegen te gaan. In het selectieoverleg worden vooral subjectgebonden signalen besproken om zo te komen tot een advies omtrent bestuurs- of strafrechtelijk optreden aan de meest betrokken organisatie. In deze bijeenkomsten gaat het ook om de evaluatie van reeds afgeronde onderzoeken en het doornemen van knelpunten in de relevante wet- en regelgeving.<sup>66</sup>

Vanuit het gezichtspunt van de door het legaliteitsbeginsel beschermde belangen is het interessant dat het FEC niet is gericht op het faciliteren van de toegankelijkheid van regels voor justitiabelen. Voorzover rechtszekerheid in het geding is, is het centrum er niet om onduidelijkheden weg te nemen ten behoeve van burgers. Het bestaansrecht van het FEC - en van vele soortgelijke instanties<sup>67</sup> - is daarentegen primair gelegen in het beter hanteerbaar doen zijn van geldende normen voor de rechtshandhavers. Het enkele bestaan van dergelijke expertisecentra toont aan hoe ver de hedendaagse rechtspleging afstaat van het in de inleiding beschreven (c.q. veronderstelde) klassieke model van min of meer logische of automatische regeltoepassing: kennelijk is tegenwoordig in brede sectoren van het strafrecht een bijzondere materiedeskundigheid nodig om bepaalde feitensubstraten op een verantwoorde manier te kunnen toetsen aan abstract geformuleerde verbodsbepalingen.

Het derde voorbeeld van betrokkenheid van derden bij de invulling van de regelgeving betreft de zogenaamde ‘convenanten’ die het Openbaar Ministerie pleegt af te sluiten met wederpartijen die een rol (moeten) spelen bij de strafrechtelijke rechtshandhaving.<sup>68</sup> Het is van belang te onderkennen dat dit voorbeeld vooral betrekking heeft op procesrechtelijke arrangementen. Dergelijke convenanten doen zich inmiddels kennen in een groot aantal varianten. Het is niet zinvol deze hier allemaal op te sommen. Ik volsta met het aangeven van enkele voor ons onderwerp interessante ‘grondvormen’.

In een aantal gevallen is het convenant een afspraak tussen verschillende overheidsorganen of - instanties die een publiekrechtelijke taak hebben bij de

---

<sup>65</sup>Tot de financiële sector wordt in dit verband gerekend de bancaire wereld, de pensioen- en verzekeringsbranche alsmede de effectenmarkten.

<sup>66</sup>Zie hieromtrent uitvoerig het Jaarverslag van het FEC over 2001, p. 15 e.v. resp. p. 23 e.v.

<sup>67</sup>Nelen, *a.w.* p. 1044, noemt als voorbeelden de Bureaus Financiële Expertise bij de politie, het Bureau Landelijke Officier Mot-meldingen, de interregionale fraudeteams met elk een specifiek taakveld, het landelijk loket fraude, en de kenniscentra financieel rechercheren bij de divisie Recherche van het KLPD.

<sup>68</sup>Zie hierover ook M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Arnhem: Gouda Quint 2004, deelrapport 1, ‘Rondom de vervolgingsbeslissing’ (J.B.H.M. Simmelink), waarin ook nog wordt gewezen op convenanten waarin het OM toezegt lokale preventie- en handhavingsprojecten te zullen ondersteunen. Deze blijven hier buiten beschouwing.

rechtshandhaving. Het gaat dan bijvoorbeeld om toezeggingen van het OM, waarmee het garandeert een strafrechtelijk gevolg te geven aan een vastgelegd aantal zaken die worden aangeleverd door de (opsporende/toezichhoudende) wederpartij. Dat kan de Sociale Dienst zijn, of de fiscus dan wel bijzondere opsporingsdiensten.<sup>69</sup>

Convenanten krijgen een nog pregnantere betekenis wanneer daarin vormen van publiek-private samenwerking worden vastgelegd. Dat is bijvoorbeeld het geval in het Handhavingsarrangement dat is afgesloten tussen het OM enerzijds en de Nederlandse Vereniging van Banken anderzijds inzake een gezamenlijke gecoördineerde aanpak van fraude.<sup>70</sup> Het stuk bevat een aantal gemeenschappelijke toezeggingen, die bijvoorbeeld zien op het bevorderen van regelmatig onderling overleg en het uitwisselen van kennis en informatie. En zij binden zich om “gezamenlijk een werkwijze (te) ontwikkelen betrekking hebbend op door ieder te verrichten werkzaamheden voorafgaand aan de aangifte van gepleegde fraude, de aangifte zelve en in verband met het onderzoek dat daarop volgt.” Daarnaast nemen beide partijen afzonderlijk verplichtingen op zich, waarbij overigens opvalt dat ook hierin de uitwisseling van kennis en informatie als thema herhaaldelijk terugkeert. Van de toezeggingen door de banken zijn de volgende het meest instructief. De banken zeggen toe beleid te vormen en te implementeren dat is gericht op maatregelen ter voorkoming van fraude en ter ondersteuning van de opsporing. Daartoe zal o.a. de fraudegevoeligheid van hun producten worden beperkt; worden fraudezaken en pogingen daartoe geregistreerd en geanalyseerd; en wordt een afdeling veiligheidszaken ingericht en in stand gehouden opdat adequate opsporingsbijstand kan worden geleverd. Daar staat tegenover dat het OM op zich neemt om procedures te ontwikkelen voor overleg met de banken omtrent selectie en prioritering van fraudeonderzoeken, en om een vastgelegde capaciteit daartoe beschikbaar te stellen. En het OM zegt toe zoveel mogelijk rekening te zullen houden met de belangen van de bank als benadeelde partij. Ten slotte zijn in het convenant afspraken opgenomen over de publiciteit rond de aard en het verloop van fraudeonderzoeken en over de mate van openbaarheid van de in dat verband aan de overheid ter beschikking gestelde gegevens.

## *6. Helpdesk: het voorbeeld van BOOM*

De laatste hier te vermelden vorm van ondersteuning van de toepassing van de wet op het terrein van het strafrecht betreft de helpdesk.

In 1993 werd de nieuwe wetgeving omtrent de zogeheten voordeelsontneming ingevoerd. Van meet af aan was duidelijk dat dit een gecompliceerde materie betreft, waarbij niet als vanzelfsprekend mag worden aangenomen dat het rechtshandavingsapparaat over voldoende kennis beschikt om de in de wet uitgedrukte doelstellingen ook daadwerkelijk te

---

<sup>69</sup>Zie o.a. het Handhavingsarrangement tussen het OM en de AID van het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij uit 2001; en het Handhavingsarrangement tussen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met betrekking tot de Arbeidsinspectie en het Openbaar Ministerie, d.d. 16 oktober 2000.

<sup>70</sup>Afgesloten in Rotterdam op 31 oktober 2000. Andere voorbeelden - die hier vanwege de beschikbare ruimte niet kunnen worden uitgewerkt - zijn o.a. de “Intentieverklaring van het Verbond van Verzekeraars en het Openbaar Ministerie om te komen tot een handhavingsarrangement op het gebied van de bestrijding van verzekeringsfraude” (31 oktober 2000); en een soortgelijke intentieverklaring tussen het OM en EVO, de Ondernemersorganisatie voor logistiek en transport.

realiseren.<sup>71</sup> Daarom werd reeds aanstonds het ‘Centraal Advies en Beheersbureau Beslag’ (CABB) opgericht. Later werd dit bureau vervangen door het ‘Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie’ (BOOM), gevestigd te Leeuwarden. Ingevolge de ontnemingsrichtlijn van het college van procureurs-generaal heeft het BOOM de volgende kerntaken:

- het bieden van algemene faciliteiten aan het OM
- het geven van zaaksondersteuning aan de officier van justitie
- het geven van ondersteuning aan het Centraal Justitieel Incassobureau
- beleidsondersteuning van de portefeuillehouder binnen het college van PG's.

Onder de eerstgenoemde taak valt het in stand houden van een helpdesk. Het zou binnen het kader van deze bijdrage te ver voeren om een kwantitatief overzicht te presenteren van de wijze waarop inhoud is gegeven aan deze taak. Ik volsta met enkele korte kanttekeningen omtrent de bijdrage van deze helpdesk aan de hantering van de wet op dit specifieke terrein.<sup>72</sup> Drie kwesties springen daarbij het meest in het oog. Ten eerste is een zichtbaar positief effect van het bestaan van deze vraagbaak dat er een gunstig effect van is uitgegaan op de daadwerkelijke toepassing van de nieuwe ontnemingswetgeving. Zoals gezegd is deze materie gecompliceerd van aard. Gelet op de institutionele resistentie van politie en justitie om nieuwe taken en nieuwe opsporingstechnische invalshoeken in de toch al overbelaste dagelijkse praktijk te integreren, is het onmiskenbaar dat door het functioneren van de helpdesk het risico is verminderd dat de nieuwe ontnemingswetgeving in feite een dode letter zou blijven. SFO's<sup>73</sup> worden door de bijstand van het BOOM intensiever ter hand genomen dan zonder het bestaan van deze vraagbaak het geval zou zijn geweest. Een tweede voordeel is dat door de beschikbaarheid van dit hulpinstrument wordt voorkomen dat per politiecops en per parket telkens opnieuw het wiel moet worden uitgevonden. Hoeveel er nog steeds mag zijn aan te merken op een vlekkeloze implementatie van de voornaamste bepalingen omtrent voordeelontneming<sup>74</sup>, algemeen wordt onderkend dat de helpdesk in dit opzicht bepaald een uniformerende en - dus - gunstige - bijdrage heeft geleverd. Mijn laatste kanttekening is dat dit voordeel, zoals ieder succes, ook een keerzijde heeft. De tegenkant betreft de inhoud van de informatie die vanuit dit steunpunt wordt verstrekt. Het BOOM is een deel van het OM-gerelateerde establishment en wordt als zodanig geacht ‘rechtsstatelijk’ te werk te gaan. Natuurlijk is dit aspect van het magistratisch karakter van het OM niet steeds gemakkelijk te operationaliseren. In relatie tot het onderwerp dat ons thans bezig houdt, lijkt het evenwel een elementaire eis dat bij vragen naar de juiste wetsuitleg of -toepassing zo objectief mogelijke

---

<sup>71</sup>Zie voor een overzicht van complicaties o.a. M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel* (art. 36e Wetboek van Strafrecht), diss. Tilburg, Boom Juridische uitgevers 2001, met vele literatuurverwijzingen.

<sup>72</sup>Interessant is voorts dat het werk van de helpdesk wordt ondersteund door de uitgave van een periodiek, *BOOM-nieuws* geheten, dat 6 maal per jaar verschijnt, en waarin naast jurisprudentie over de ontnemingswetgeving ook verslag wordt gedaan van belangrijke vragen die bij de helpdesk zijn binnengekomen.

<sup>73</sup>Strafrechtelijke financiële onderzoeken.

<sup>74</sup>Zie o. a. J.M. Nelen & V. Sabee, *Het vermogen te ontnemen. Evaluatie van de ontnemingswetgeving*, Den Haag: WODC 1998; en J. Meloen e.a., *Buit en besteding. Een empirisch onderzoek naar de omvang, de kenmerken en de besteding van misdadigeld*, Elsevier Overheid 2003.

antwoorden worden gegeven. Niemand kan de onderhavige helpdesk zomaar van het tegendeel beschuldigen. Maar het lijkt niet onredelijk om aan te tekenen dat bij kennisneming van de afgegeven opinies er veelal sprake is van interpretaties van de wet die nogal overwegend ‘gouvernementeel’ van aard zijn.

## *7. Slotbeschouwing en conclusies*

Het vertrekpunt van de voorafgaande beschouwingen wordt gevormd door de omstandigheid dat het strafrecht - annex het strafprocesrecht - vanouds een bijzondere positie is toegekend in relatie tot het legaliteitsbeginsel. Historisch gezien zou juist op dit rechtsgebied de wet een centrale rol toekomen bij het afbakenen van de rechtspositie van de burger. De vraag is of een dergelijk algemeen uitgangspunt ook in de praktijk van vandaag nog valt waar te nemen, en voorzover dit het geval is is de vervolgvraag of dit verklaarbaar is.

Tegen deze achtergrond is in de voorafgaande paragrafen nagegaan wie tegenwoordig uiteindelijk inhoudelijk de rechtspositie van justitiabelen bepaalt: de wetgever of enige andere autoriteit.<sup>75</sup> En in het verlengde hiervan: hoe kan de burger hierover uitsluitsel krijgen? Dient de wet hier als kompas, of moet hij zich primair voegen naar het oordeel van andere autoriteiten? Teneinde meer zicht te krijgen op deze kwesties is vooral nagegaan welke instrumenten er in het hedendaagse strafrecht worden benut om de hantering van de wet te begeleiden en te faciliteren, met bijzondere aandacht voor de helpdesk, de zogenoemde uitvoeringsmaatregelen<sup>76</sup> en de nadere invulling van regels door belangengroepen.

Volgens het klassieke of traditionele model geeft de strafwetgever scherp omschreven bepalingen omtrent verboden gedragingen, die voor de burger gemakkelijk te begrijpen zijn en - bij verdenking van overtreding daarvan - voor de rechter relatief eenvoudig zijn toe te passen. In de voorafgaande paragrafen is uiteengezet dat de praktijk van vandaag tamelijk ver afstaat van dit historische ideaal. Ik recapituleer enkele van de meer opvallende bevindingen.

Het klassieke ‘lex certa vereiste’ verbiedt overmatig vage normen. Tegenwoordig is niet zelden een spiegelbeeldig probleem aan de orde. Door een excessieve detaillering van de regelgeving kan de toegankelijkheid van de materiële normstelling in het gedrang komen. Een te omvangrijk bestand aan (techniek-afhankelijke en snel wisselende) regels kan de bona fide rechtsgenoot het zicht ontnemen op datgene waar hij zich aan te houden heeft.

Op sommige terreinen (o.a. het effectenrecht) is de materiële normstelling, het toezicht op de naleving daarvan én de bevoegdheid om sancties op te leggen in handen gelegd van één

---

<sup>75</sup>Waarbij het - uiteraard - even niet gaat om de ‘normale’ interpretatieruimte die de rechter heeft bij het toepassen van strafbepalingen. De in de tekst genoemde vraag wordt overigens niet alleen binnen het straf(proces)recht gesteld. Zie bijvoorbeeld de interessante, deels empirische studie van Oldenziel over dezelfde kwestie in het sociale zekerheidsrecht, waarvan een samenvatting wordt gepresenteerd in H.A. Oldenziel, ‘Effecten van wetgeving op rechtszekerheid’, *RegelMaat* 1999, p. 167-174.

<sup>76</sup>Ik benadruk nogmaals dat in deze bijdrage uiteraard niet een complete inventaris van uitvoeringsregels en beleidsregels is gepresenteerd, maar slechts enkele voorbeelden zijn gekozen waarmee specifieke problemen met betrekking tot het legaliteitsbeginsel kunnen worden geïllustreerd. Zie bijvoorbeeld voor aanvullende informatie vanuit een ander gezichtspunt H. de Doelder, ‘Richtlijnen en rechtshandhaving’, in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van ‘t Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht* (liber amicorum A.C. ‘t Hart), Deventer: Kluwer 2002, p. 213-225.

en dezelfde instantie: de Autoriteit Financiële Markten. Daaraan kunnen verschillende bezwaren verbonden zijn. Zo valt op dat de toezichthouder in de uitvoeringsfase soms een dermate grote discretionaire ruimte behoudt dat het voor de justitiabele moeilijk voorspelbaar is in welke omstandigheden daadwerkelijk zal worden ingegrepen.<sup>77</sup> Bovendien lijkt bij deze ‘opeenstapeling’ van bevoegdheden weinig inhoudelijke controle mogelijk op de uitoefening daarvan. Dit gaat ten koste van het ‘evenwicht van machten’ in de rechtstaat, een notie die een belangrijke hedendaagse restwaarde vertegenwoordigt van het in de inleiding besproken gedachtengoed van Montesquieu. En ten slotte lijkt deze mogelijkheid van ‘private strafwetgeving’ in strijd te zijn met het democratiebeginsel, dat op het gebied van het materiële recht nog steeds als een onderdeel - of als dragende grond - van het legaliteitsbeginsel kan worden gezien.<sup>78</sup>

Meer in het algemeen is geconstateerd dat in steeds meer sectoren binnen het strafrecht de techniek van regel en uitzondering lijkt te worden omgedraaid.<sup>79</sup> In vergelijking met het klassieke strafrecht zien we in toenemende mate delictsomschrijvingen waarin gedrag in algemene zin strafbaar wordt gesteld dat intrinsiek moreel neutraal of zelfs wenselijk is in normale marktomstandigheden.<sup>80</sup> Via uitzonderingen - bijvoorbeeld in nadere regelingen en beleidsdocumenten - worden de niet laakbare varianten van deze gedragingen vervolgens weer buiten het bereik van justitie gebracht.<sup>81</sup>

Vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel is voorts van belang dat niet in alle gevallen de nadere regelgeving ook daadwerkelijk leidt tot de daarvan te verwachten rechtszekerheid. We hebben immers gezien dat op sommige terreinen circulaires worden uitgevaardigd om de burger uitsluitel te geven omtrent diens rechtspositie, maar waarbij de lagere regelgever vervolgens aantekent dat “het uiteindelijke oordeel omtrent de

---

<sup>77</sup>Een voorbeeld is een voorschrift van het type dat “naar het oordeel van de AFM de rechten van cliënten onvoldoende beschermd zijn”.

<sup>78</sup>Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Arnhem: Gouda Quint 2004, ‘Algemeen deel’, paragraaf 2.2.

<sup>79</sup>Vergelijk W.H. Vellinga, ‘Strafwetgeving als techniek van regel en uitzondering’, in: *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem 1985, p. 359-368.

<sup>80</sup>De meest in het oog springende voorbeelden die in het voorafgaande zijn besproken hebben betrekking op de beleidsregels omtrent de zogenaamde ‘financiële bijsluiter’ en op de meldingsplichten onder het regiem van de wet MOT.

<sup>81</sup>Naar zich laat aanzien zal de Europese regelgeving deze werkwijze alleen maar verder in de hand werken. Zie de beschrijving in paragraaf 3 hierboven van de zogenaamde Richtlijn marktmisbruik, waarin de nieuwe verhouding tussen regel en uitzondering ten aanzien van verbodsbepalingen sterk wordt geprononceerd. Dit heeft - vanuit het oogpunt van legaliteit - bovendien betekenis voor het werk van de rechter, aangezien deze verplicht is de Nederlandse wet richtlijnconform uit te leggen. Zie daarover F.G.H. Kristen, ‘Hoe Europa de strafrechter dirigeert. Over de betekenis van de richtlijnconforme interpretatie voor het strafrecht en de uitbreiding daarvan tot kaderbesluit en kaderwet’, in: *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 387-409.

wederrechtelijkheid aan de rechter blijft voorbehouden”.<sup>82</sup> Dit type voorbehouden lijkt moeilijk te verenigen met de uitgangspunten van ons strafrechtelijk stelsel.

Voor wat betreft de samenwerking tussen groepen belanghebbenden zijn twee varianten gesignaleerd. Ten eerste de samenspraak tussen rechtshandhavers en betrokken justitiabelen, waarvan een voorbeeld wordt gevormd door de begeleidingscommissie van het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties. Hierin vindt overleg plaats omtrent een zinvolle invulling van de materiële rechtspositie van de betrokken financiële instellingen. Daarnaast zijn er veel meer vormen van samenwerking onderscheiden tussen diverse instanties die belang hebben bij een effectieve rechtshandhaving op bijzonder gecompliceerde terreinen. De kennelijke noodzaak van dergelijke arrangementen zegt ten minste ook iets over de toegankelijkheid en de hanteerbaarheid van de desbetreffende strafrechtelijke normen.

Het is opvallend dat de meeste ‘afspraken’ tussen overheid en particulieren op strafrechtelijk terrein betrekking hebben op *strafvorderlijke* aangelegenheden. Dat valt te verklaren en het is - vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel - tevens te billijken. In het procesrecht is al langere tijd het besef verwerkt dat de overheid beleid mag voeren, in die zin dat binnen het bestaande raamwerk van bevoegdheden op een selectieve wijze wordt ingegrepen in de rechtssfeer van de justitiabelen. Zoals eerder gezegd speelt het democratiebeginsel in het formele recht een andere rol dan in het materiële strafrecht. En er is nog een ander verschil in termen van legaliteit. Staat in het materiële recht vooral de *individuele voorzienbaarheid* voorop bij de inkleuring van het rechtszekerheidsbeginsel, in het procesrecht ligt dit net iets anders. Hier gaat het bij het waarborgen van rechtszekerheid vooral om het *vermijden van willekeurige toepassing* van opsporings- of vervolgingshandelingen.<sup>83</sup> Het sluiten van convenanten met betrokken groepen van (professioneel) betrokken private partijen kan bij uitstek aan deze doelstelling bijdragen.

Ten slotte nog een enkele opmerking over de in de inleiding opgeworpen vraag of er vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel (nog steeds) reden is om een bijzondere positie toe te kennen aan het strafrecht.

Waarschijnlijk kan zo’n bijzondere plaats niet, of niet langer, alleen worden bepleit met een beroep op de ingrijpendheid van de in dit rechtsgebied op te leggen sancties. Andere sectoren binnen het recht zijn sinds de tijd van Montesquieu zodanig veranderd dat dit argument - bijvoorbeeld binnen het zogeheten ordeningsrecht - sterk aan belang heeft ingeboet. Maar er blijven verschillen. Ik stip er enkele aan. Ten eerste blijft de (langdurige) vrijheidsstraf iets bijzonders voor het strafrecht. Het is niet verwonderlijk dat het opleggen daarvan, ook in de huidige tijd, ten opzichte van andere delen van het recht met maximale waarborgen dient te zijn omgeven. Daarmee in nauwe verbinding staat het leedtoevoegende karakter van strafrechtelijke sancties. Dit kleurt de repressieve interventie door de overheid op een wijze die onbekend is in de andere rechtsgebieden. De bijzondere aard van de strafrechtelijke reactie kan ook worden onderstreept vanuit een procedurele invalshoek. Als de burger voorwerp wordt gemaakt van strafrechtelijk onderzoek, dan kan dit *eo ipso* - dus ongeacht de afloop van de zaak - tot omvangrijke gevolgschade leiden van een aard en omvang die in andere rechtsgebieden onbekend is. Waar het in overkoepelende zin waarschijnlijk op neerkomt is dat het strafrecht in zoverre nog uniek is, dat het verwijt van

---

<sup>82</sup>Ik herinner aan de bovenvermelde circulaire omtrent het begrip ‘besloten kring’; vergelijk ook de concept beleidsregel omtrent het polsen van grootaandeelhouders.

<sup>83</sup>Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Afronding en verantwoording*, t.a.p.



crimineel onrecht een bijzonder stigmatiserend effect heeft. De ontterende werking van het strafrecht kan daarom nog steeds worden aangegrepen als een reden om met bijzondere aandacht te kijken naar de vereiste mate van wettelijke legitimatie van repressief-punitieve acties door de overheid. Maar dit perspectief kan niet worden ingeroepen teneinde oude dogma's buiten discussie te plaatsen of om te bepleiten dat de rol van de wet in het strafrecht sinds de dagen van Montesquieu niet mag worden heroverwogen.